

RV: Casación 60610. Acusado: SAMUEL MORENO ROJAS. SUSTENTACIÓN TRASLADO RECURRENTE DEFENSA TECNICA

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Mar 1/02/2022 10:29 AM

Para: Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Sustentación - Casación 60610

De: Gustavo Perdomo <guspece@hotmail.com>

Enviado: viernes, 28 de enero de 2022 8:33 a. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Casación 60610. Acusado: SAMUEL MORENO ROJAS. SUSTENTACIÓN TRASLADO RECURRENTE DEFENSA TECNICA

Atento saludo:

Adjunto escrito en 10 folios (respetando las directrices de la Corte) memorial de sustentación de la demanda de casación presentada por el suscrito, como defensor público del acusado dentro del asunto de la referencia.

Atte.,

GUSTAVO PERDOMO CEBALLOS

Defensor Público.



Libre de virus. www.avg.com

Señores
H. MAGISTRADOS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M. P. Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
E mail: secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Bogotá, D. C.

Rad. No. 110016000102201200510-03
Casación 60610
Acusado: **SAMUEL MORENO ROJAS**
Delitos: concierto para delinquir agravado y otro
Asunto: Alegato de sustentación recurrente

GUSTAVO PERDOMO CEBALLOS, defensor público adscrito a la Unidad Nacional de Casación de la Defensoría Pública, asignado para la defensa del señor **SAMUEL MORENO ROJAS**, dentro del asunto de la referencia, concurro mediante este escrito, en término de oportunidad y conforme a lo dispuesto en auto del 9 de diciembre de 2021, comunicado mediante oficio No. 00245 del 13 de enero de 2022, y notificado por anotación en Estado No. 04 del **20 de enero de 2022**, por el cual **se admitió la demanda de casación** que interpuso contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de agosto de 2021 que confirmó la proferida el 7 de octubre de 2019 por el Juzgado 34 Penal del Circuito con FC de Bogotá, mediante la cual se condenó a mi representado a la pena de **300 meses de prisión¹** y **multa** de \$26.780'000.000,00 e inhabilitación perpetua para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de concierto para delinquir agravado y determinador de peculado por apropiación a favor de terceros agravado, en concurso heterogéneo y simultáneo, por lo cual, atendiendo las directrices de la Corte, con la limitación temática (Decreto 020 de 2020) procedo de conformidad:

Como se precisó en la demanda y ahora lo ratifico H. señores Magistrados, formulé tres reparos para **derruir la doble presunción de acierto y legalidad** con que la sentencia del Tribunal arribó a la Corte, dado el interés jurídico que nos asiste para acudir a esta sede extraordinaria, y para **acrecer** a la

¹ Corrijo el lapsus visto en la primera hoja de mi demanda, donde anoté el monto inicial fijado en primera instancia, ya que la juez singular le impuso 360 meses de prisión.

demanda, formulo las siguientes consideraciones de sustentación:

1. EN RELACIÓN CON EL PRIMER CARGO

1.1. Formulé acorde a la causal 3ª de casación, un *error in iudicando* por **indebida motivación** respecto del punible de peculado por apropiación a favor de terceros, pues es notorio que el Juez Colegiado realizó una motivación sofisticada del tipo penal del Art. Art. 397 del código penal, frente a los dispositivos de los Arts. 29 y 30 *idem*, dando así eclosión al rompimiento de una regla del debido proceso, piedra angular del derecho de defensa, demandable por la causal tercera de casación, pues su prosperidad conlleva al fallo de reemplazo y no de invalidación de lo actuado.

1.2. Como lo indicamos en nuestro libelo, debemos señalar que el juez colegiado hizo unas **estimaciones generales de carácter ideológico-político, que no jurídico**, verbigracia, cuando a los nomencladores 44, 45, 58, 68, 71, en su orden, sobre “*consideraciones generales sobre la corrupción*”, “*la corrupción y los desafíos que enfrenta la sociedad*”, “*la corrupción, la política y la financiación de las campañas*”, “*sobre la reglamentación legal del Gobierno Distrital*”, “*El Alcalde de la Capital y el Concejo Capitalino como responsables del gobierno capitalino*” comentarios que se hacen extensivos de las páginas 10 a 18 de la sentencia los que, salvo mejor criterio, son propios de un manual de derecho y de un debate social y jurídico, **que no oportunos del PRINCIPIO DE LIMITACIÓN**², pues tal como lo advierte el Tribunal a los numerales 41 y 42, la competencia para conocer se deriva ciertamente del recurso de alzada, acorde a la normatividad que allí se menciona, sobre lo cual, para resolver la impugnación de la defensa material y técnica, el

² Según el cual, delimita el ámbito dentro del cual debe pronunciarse el *ad quem*, pues “*Tal estrecha e inescindible relación entre los fundamentos de la impugnación y las respuestas del superior, permite advertir que corresponde al funcionario de segundo grado ocuparse de los motivos de descontento planteados, pues son ellos el soporte mismo de su órbita competencial*” (Pág. 135. Obra **La Demanda de Casación en Materia Penal**, BARRETO ARDILA, *Hernando*. Editora PRO IUSTITIA, 2020)

Tribunal se planteó unos problemas jurídicos³ a resolver (numeral 43), de los que se viene a ocupar a partir del nomenclador 74 (Pág. 19)

1.3. Así, la **idea principal se quedó en el barullo**, ya que el discurso del Tribunal pasó por encima y no se detuvo para precisar las precisas circunstancias que hacen ver al acusado MORENO ROJAS en **determinador**, según las voces del inciso 2° del Art. 30 del C. P.

En reciente fallo, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M. P. Gerson Chaverra Castro, SP4813-2021 (Ra. 55836 del **27 de octubre de 2021**), hubo de expresar:

El determinador, según el inciso 2° del artículo 30 del C.P., es quien instiga, genera, provoca, crea, infunde o induce a otro para realizar una conducta antijurídica, o refuerza en él, con efecto resolutorio, una idea precedente.

Como elementos concurrentes para su configuración, esta Corte ha señalado: i) la actuación determinadora del inductor; ii) la consumación o tentativa punible del hecho al que se induce; iii) un vínculo entre el hecho principal y la inducción; iv) la carencia de dominio del hecho en el determinador y v) el dolo en el inductor³⁴.

El primer elemento, puede presentarse por medio de un mandato, convenio, orden, consejo, coacción insuperable o promesa remuneratoria entre el determinador y el autor material del delito³⁵. **Lo relevante, estriba, en que el inductor realice una contribución idónea y eficaz para lograr que su receptor tome la determinación de ejecutar el comportamiento lesivo y lo lleve a cabo**, sin llegar al punto de doblegar su voluntad o inducirlo en un error esencial, pues devendría en la figura del autor mediato.

El inducido o autor material debe realizar un injusto típico, consumado o que alcance el grado de tentativa, habiendo acogido nuestra legislación el concepto de accesoriedad limitada, en virtud del cual, la punición del inductor deviene del proceder típicamente antijurídico del autor, dado que, **la conducta del determinador, por sí sola, no constituye delito**.

Es preciso, además, la **existencia de un nexo entre la acción del inductor y el hecho delictivo cometido por el autor**, de manera que este sea el resultado de la influencia del determinador, pues no de otra forma sería posible establecer la efectividad de los medios persuasivos desplegados por el determinador.

El inductor debe carecer del dominio del hecho. Es el autor quien ejecuta la conducta a título propio, establece el cómo, cuándo y dónde de la realización típica. Si aquel desarrolla una actividad esencial para concretar la materialización del plan delictivo, no será ya participe sino verdadero coautor del ilícito.

Y, es menester que el inductor obre con conciencia y voluntad inequívoca de generar en el receptor la decisión de cometer la conducta típica, elemento conocido como el dolo del instigador o dolo dirigido a la resolución al hecho.

También ha sido reconocido por la doctrina un segundo dolo en el determinador, este dirigido a la comisión del delito que ha incitado. Es decir, a que el ilícito se materialice en el marco tangencial representado y comunicado por el inductor. De ahí que no se predique la instigación del delito culposo, pues, el inductor conoce y quiere el hecho punible ajeno, también de manera dolosa incita su comisión, por lo que el autor material obra con conocimiento y voluntad de delinquir.

³ “La impugnación promovida por la defensa delimita claramente los problemas jurídicos que debe resolver la Colegiatura, y son: (i) si existe violación a los derechos y garantías del procesado, especialmente en lo que tiene que ver con la defensa y el debido proceso; (ii) si la prueba recaudada permite establecer la responsabilidad del acusado en los delitos endilgados; y, (iii) la tasación de la pena” (Pág.10).

Al respecto, ha precisado Claus Roxin que “el primer presupuesto de un dolo dirigido a la comisión de un hecho del autor es que el inductor se represente con suficiente precisión o certeza la acción que debe cometerse; pues sólo si se da ese presupuesto su dolo está dirigido a un “hecho”. De ahí se sigue en primer lugar que la incitación a cometer hechos punibles imprecisos, no indicados con más detalle, no es entendible como inducción, ya que en este caso falta un “hecho” concreto al que pudiera haber determinado el inductor”⁴.

Sobre lo expuesto, precisa el autor en cita, basta con que el determinador se represente el tipo que el autor debe realizar y “las dimensiones esenciales del injusto”, entendidas como la medida aproximada del daño y la dirección del ataque, en contraposición a quienes exigen que el dolo del inductor abarque todas las condiciones de ejecución del hecho, el cómo, cuándo y dónde, por estar referidas a un dominio que no es propio del determinador.

Postura compartida por esta Colegiatura, en particular, tras admitir la imputación del resultado lesivo por dolo eventual al determinador, cuando el inducido modifica o altera el plan instigado por aquél para ejecutar una conducta diferente o más gravosa que la inducida⁵. Pues, para establecer la desviación en la ejecución por el autor y la atribución al inductor de las consecuencias excesivas - que pudo representarse como probables-, es menester partir del dolo directo referido a la concreción del hecho con que el determinador obró al hacer germinar o reforzar la idea criminal”⁶. (Resaltado fuera de texto)

1.4. En efecto, en este primer reproche extraordinario, se refuta la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica del Tribunal en torno a acreditar la determinación del acusado MORENO ROJAS en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por los aspectos que puntualmente se desarrollaron en la demanda a partir de la Pág. 21.

1.5. Este error fue advertido por un integrante de la Sala del juez colegiado⁷, quien no dudó en **SALVAR VOTO parcial** de la decisión mayoritaria, tal como lo reseñados en el acápite “4.- DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA” de nuestro libelo casacional.

1.6. Indicamos la trascendencia del error y la manera de enmendarlo, pues de no haber sido por el error denunciado, no se habría condenado a SAMUEL MORENO ROJAS como DETERMINADOR del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, sino que el fallo hubiese sido absolutorio, sin que sea necesario retrotraer la actuación para superar este error *in iudicando*, ya que recae únicamente y exclusivamente en la sentencia de segundo nivel.

⁴ Roxín, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. (D. M. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. D. y G. Conlledo y J. de V., Trad.), Aranzadi S. A. (Obra original publicada en 2003).

⁵ CSJ, SP, 9 mayo 2018, Rad. 45889.

⁶ CSJ, SP, M. P. Gerson Chaverra Castro, SP4813-2021 (Rad. 55836) del 27 de octubre de 2021,

⁷ El H. Magistrado CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA.

1.7. De prosperar este primer cargo, se tendría que CASAR parcialmente la sentencia, para ABSOLVER al señor MORENO ROJAS únicamente del delito de determinador de peculado por apropiación a favor de terceros, como así lo itero de nuevo en este traslado como RECURRENTE en la defensa técnica.

2. EN CUANTO AL SEGUNDO CARGO

2.1. Se formuló al amparo de la causal primera de casación consagrada en el numeral 1° del artículo 181 del C.P.P. por violar de manera directa la ley sustancial por **aplicación indebida** de los incisos 2° y 3° del Art. 340 del Código Penal⁸, con la consabida falta de aplicación de los Arts. 29⁹ de la C. N., 9°¹⁰, 10°¹¹ y 340 inciso 1°¹² del código penal, lo cual llevó a la judicatura a imponer a **SAMUEL MORENO ROJAS una sanción punitiva muy superior a la que legalmente le correspondía.**

2.2. En efecto, los jueces singular y plural pasaron por alto que, para los años 2008 a 2010, no estaba vigente la reforma penal de la Ley 1908 de 2018, que en su artículo 5° modificó el Art. 340 del código penal, donde se adoptaron medidas en materia penal en contra de la corrupción.

2.3. De acuerdo con lo anterior, el tipo penal básico del concierto vigente para la sazón factual, con la reforma introducida en la Ley 1121 de 2006, consagraba una pena base de 48 meses a 108 meses.

Y el inciso 2° del Art. 340 del C. P. hacía mención a “*Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de*

⁸ Referido al concierto para delinquir atinentes a delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, y al aumento punitivo por la condición de organizador o servidor público.

⁹ Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

¹⁰ **Conducta punible.** Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado...

¹¹ **Tipicidad.** La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal...

¹² Tipo penal básico del Concierto para delinquir.

personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas” no incluyó en esa reforma ningún delito contra la Administración Pública o que afectara el Patrimonio del Estado.

2.4. Y por razón del concurso heterogéneo, tanto el juez singular como el plural, **augmentaron en 60 meses** consideración vista en la sentencia de primer nivel en la Pág. 144, y en segunda instancia, en el nomenclador 148 (Pág. 40), razón más que potísima para vislumbrar el quebranto de la ley sustancial de manera directa que amerita corregir el yerro denunciado, para casar parcialmente la sentencia del Tribunal y en su lugar, dictar el fallo de reemplazo, pues el error es trascendente.

2.5. Y siendo la pena mínima del concierto vigente para la sazón factual de 48 meses, la sumatoria correspondiente a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas es indebida (Art. 31 del C. P.), motivo que refleja claramente que los jueces de instancia tuvieron en cuenta el delito contra la Administración Pública y la condición de líder, como ex Alcalde Mayor de Bogotá, del señor SAMUEL MORENO ROJAS, que no estaban vigentes para la fecha de los hechos (años 2008-2010), pues tales ingredientes normativos nacieron a la vida jurídica a través de la Ley 1908 de 2018, que se publicó mediante el Diario Oficial No. 50.649 de 9 de julio de 2018.

2.6. Si los jueces singular y colegiado no hubieran incurrido en el error que se denuncia, la sanción penal de acuerdo a la realidad fáctica hubiera sido muchísimo menor, pues, conforme a lo visto, se **aplicó indebidamente** una norma no vigente para la sazón factual, según la cual, la pena mínima es de 8 años de prisión, aumentada en la mitad para quienes organicen, promuevan, dirijan, encabecen el concierto o sean servidores públicos, como en este caso, SAMUEL MORENO ROJAS, exalcalde Mayor de Bogotá, motivo por el que jamás de los

jamases se podría aumentar en 60 meses por razón del concurso heterogéneo, sino en un guarismo igual a la mitad¹³.

De ahí la trascendencia de este dislate.

Al prosperar este segundo reproche, solicito de manera respetuosa a la Corte CASAR parcialmente la sentencia para redosificar la pena acorde al claro error denunciado.

3. RESPECTO DEL TERCERO CARGO

3.1. Al tenor de la causal primera, acusé el fallo proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –y del juzgado 34 Penal del Circuito con FC de Bogotá, por ser una unidad inescindible-, por violar de manera directa la ley sustancial por **interpretación errónea** del numeral 10° del Art. 58 del Código Penal¹⁴, con conllevó a que la judicatura se moviera dentro de un ámbito de punibilidad mayor e impuso a **SAMUEL MORENO ROJAS una sanción punitiva superior a la que legalmente le correspondía.**

Aunque se interpuso como **subsidiario**, pues se estimó a primera vista que, al prosperar el primer reproche, y absolverse por el delito de peculado por apropiación a favor de tercero, sería innecesario entrar a considerar el error que aquí se denuncia.

3.2. Pero ahora corregimos nuestra inicial apreciación, pues al desaparecer de la condena el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, con mayor relevancia jurídica afloraría este tercer reproche, pues claramente no se podría tener en cuenta la causal agravante genérica del ordinal 10° del Art. 58 del código penal, toda vez que, al quedar solo el concierto para delinquir, quedaría aún más evidente el error de violación directa de la ley sustancial.

¹³ 30 meses, conforme a simple operación aritmética.

¹⁴ Referido a la causal de **obrar en coparticipación criminal** como CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD.

3.3. Pretende la defensa técnica demostrar tres aspectos fundamentales que sean reconocidos en la sentencia de casación, tal como lo plasmamos en nuestra demanda:

Primero. Que conforme al artículo 58 del Código Penal, que consagra las causales **genéricas** de mayor punibilidad, se contempla en el ordinal 10° **obrar en coparticipación criminal**, la cual no puede subsistir a la vez, así sea en concurso heterogéneo de conductas punibles al tenor del Art. 31 ídem, con el punible de concierto para delinquir de que trata el Art. 340 *ídem*.

Segundo. Que, cuando ello acontece, esto es, se hacen subsistir las dos circunstancias a la vez, se está vulnerando la norma rectora contenida en el Art. 8° del C. P., que prohíbe la doble incriminación.

Tercero. Que, cuando so pretexto que la causa genérica de mayor punibilidad –*obrar en coparticipación criminal*- se aplica a un delito concursal heterogéneo (**peculado por apropiación a favor de terceros**), sí se afecta el principio de legalidad de las penas y de los delitos cuando concursa heterogéneamente con el punible de concierto para delinquir, pues ese ingrediente normativo que aumenta genéricamente la punibilidad, corresponde exactamente a la conducta concursal del concierto y se vulnera, por tanto, el principio del *non bis in ídem*.

3.4. Es indiscutible que la judicatura singular y colegiada le dieron una interpretación errónea al ordinal 10° del Art. 58 del código penal, pues no es suficiente decir que no se vulneró la prohibición de doble incriminación porque esta se tuvo en cuenta solo para el punible de peculado por apropiación a favor de terceros, pues pasaron por alto que, justamente por estar concursando de manera heterogénea con el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR, sí afecta esa doble incriminación, pues hace parte de los ingredientes normativos del tipo penal del delito que atenta contra el bien jurídico de la SEGURIDAD PÚBLICA.

3.5. En efecto, el tipo base del Art. 340 señala que “*cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos*”, necesariamente conlleva el ingrediente normativo de **obrar en coparticipación criminal** que establece el ordinal 10° del Art. 58 del C. P., como circunstancia **genérica** de mayor punibilidad.

3.6. Cosa muy distinta, H. Magistrados, si la causal 10^a del Art. 58 fuera específica, **relacionada única y exclusivamente al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, ahí si no habría discusión alguna**, pero como quiera que se consagra es en la parte GENERAL, como **CIRCUNSTANCIA GENÉRICA**, que no específica, pues ciertamente sí vulnera el *non bis in idem*.

3.7. De acuerdo con lo anterior, tiene incidencia en los fundamentos para la individualización de la pena al tenor del Art. 61 del código penal, pues “*el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva*”

3.8. Frente al caso concreto, el juez colegiado teniendo en cuenta las dos circunstancias genéricas de mayor punibilidad (Art. 58-9-10 C. P.), por la posición distinguida del procesado y el obrar en coparticipación criminal –*tal como lo dice en el nomenclador 142, Pág. 38-* encontró desproporcional la pena fijada para el delito de peculado (un atenuante frente a dos agravantes genéricas) y por tanto entró a tasar por este punible de mayor entidad punitiva la pena principal en 240 meses.

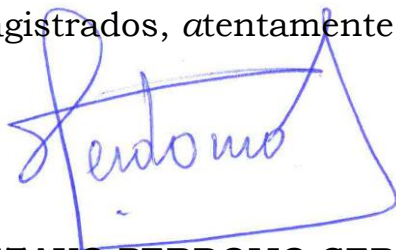
Pero se mantuvo en que, pese al reclamo de la defensa técnica en el recurso ordinario, no se afectaba el *non bis in idem*, porque el agravante de coparticipación criminal se tuvo en cuenta fue para el peculado por apropiación y no para el concierto para delinquir, dejando en el tintero que **las dos conductas concursan al tenor del Art. 31 del C. P.** y que, de todas maneras, la causal de coparticipación criminal referida del numeral 10 del Art. 58 del C. P. es genérica, esto es, aplica a todos los delitos del código penal, y no solamente al peculado por apropiación a favor de terceros, como lo entendieron los juzgadores de instancia.

3.8. Así, emerge claramente la **trascendencia del error**, toda vez que, si los jueces singular y colegiado no hubieran incurrido en el error que se denuncia, la sanción penal hubiera sido muchísimo menor, pues, habría obligado al juzgador a moverse dentro de un cuarto medio menos de movilidad y, por tanto, la pena habría sido más baja que la impuesta, incluida la corrección que al respecto hizo el juez colegiado.

3.9. De esta manera se afectó considerablemente la pena que correspondía al acusado, pues la circunstancia genérica del ordinal 10° del Art. 58 del C. P. *-obrar en coparticipación criminal-* hace parte del ingrediente normativo del punible de concierto para delinquir por el cual también fue condenado el procesado.

3.10. De manera muy respetuosa solicito a la Honorable Corte **CASAR PARCIALMENTE** el fallo impugnado y como consecuencia de ello, se digne dictar el fallo de reemplazo donde se redosifique la sanción penal que en legalidad le corresponde al señor SAMUEL MORENO ROJAS.

De los Sres. Magistrados, atentamente,



GUSTAVO PERDOMO CEBALLOS

C. C. 17.628.609 de Florencia

T. P. No. 31.612 del C. S. J.

Bogotá, D. C, 1° de febrero de 2022